

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL**MARCOS FELIPE HOLMES AUTRAN***Advogado da União, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UFPE, e em Direito do Trabalho pela Esmatra VI.*

O direito administrativo é norteado pelo princípio constitucional da legalidade, pelo qual, diferentemente dos particulares, a quem se confere liberdade para fazer tudo aquilo que não lhes for proibido, a Administração Pública só pode fazer o que lhe for permitido por expressa disposição legal.

Assim, toda a atuação da Administração está vinculada aos limites da lei, só podendo agir *secundum legem*. Por sua vez, a atividade administrativa pode se fazer sentir por duas formas de atividade: vinculada e discricionária. Diz-se vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato. A lei fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

Na atuação discricionária só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo de regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. A atuação discricionária da Administração encontra justificativa na impossibilidade do legislador catalogar

na lei todos os atos que a prática administrativa exige, dadas a multiplicidade e a diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público.

Nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário em sua integralidade. Os atos administrativos podem ser discricionários quanto ao motivo e ao objeto (a competência, a finalidade e a forma são elementos vinculados). Diz-se discricionário quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o que lhe caberá preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

Não há que se confundir discricionário com arbitrário, pois neste a ação é contrária ou excedente da lei, sendo, portanto, inválido e ilegítimo, enquanto o discricionário é válido e legítimo, praticado dentro dos limites legais.

Questão de grande debate em âmbito doutrinário e jurisprudencial é o que toca à possibilidade do Poder Judiciário controlar esses atos administrativos, frutos da atividade discricionária, que a própria lei deixou ao critério de conveniência e

oportunidade do agente público. Assim, vejamos:

Para uma corrente tradicional da doutrina, de acordo com a nossa Carta Política (art. 5º, XXXV), a *lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Assim sendo, caso levado ao Poder Judiciário o ato discricionário, o juiz deverá identificar o âmbito do mérito – de acordo com o espaço deixado pela lei – onde está alojado o desempenho do poder discricionário.

Não se vislumbrando infração a esse poder, ou verificando que o administrador praticou o ato dentro do círculo que se encontra delineado pela lei, não há possibilidade de modificação – ato compatível com a lei e a ordem jurídica –, não podendo o juiz sobrepor ou impor o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade no lugar daquele administrador.

E como fundamento do acima exposto está a separação dos poderes, cabendo ao Judiciário examinar os atos administrativos sob o ângulo da legalidade. É impossível a esse Poder o controle extralegal do mérito dos atos administrativos, pois o juiz não é o destinatário dos juízos de conveniência e oportunidade, mas, sim, o administrador, este o alvo exclusivo e final. Mesmo quando uma norma é discricionária não pode haver dúvidas quanto à necessidade de perseguição de sua finalidade pública.

Todavia, uma corrente mais moderna, na qual nos inserimos, entende que a atuação administrativa está sujeita a dois limites essenciais, quais sejam, o interesse público e a legalidade.

Necessário o Judiciário observar a lei não apenas formalmente, mas também substancialmente, nos seus direcionamentos. Daí as afirmações de que a razoabilidade e a proporcionalidade podem ser vistas como desdobramentos da legalidade, *chamada legalidade substancial*. Em outros termos, através do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, modernamente concebe-se a cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, como um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes. Por isso constitui um instrumento típico do Estado Democrático de Direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação.

Os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e da proporcionalidade. A não ser assim, esses atos serão ilegais, não estarão realizando os objetivos da lei. Mesmo que formalmente aparentem legalidade, serão ilegais se não se estiverem mantendo dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há também na doutrina alemã a expressão “*proibição do excesso*” que, para muitos, é sinônimo desses princípios.

Dessa forma, em determinadas situações é possível um controle da discricionariedade administrativa, como no caso de implementação de políticas públicas, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas. Nesse caso, o Ministério Público possui legitimidade para zelar pelo efetivo respeito aos poderes públicos e pelos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, devendo promover medidas necessárias para a sua garantia. Assim, é possível uma ação civil pública para que o Estado venha a construir um hospital em determinada localidade, desde que fique demonstrado especificamente que se trata de uma necessidade social para determinada localidade, que a demanda coletiva visa implementar direitos e garantias asseguradas constitucionalmente (art. 129, III, c/c art. 5º LACP).

Imaginemos, por exemplo, que determinada Administração necessite de um hospital e de uma escola, porém decida por construir uma escola, em vez de um hospital, pois só haveria em caixa dinheiro suficiente para uma dessas obras. Todavia, caso fique demonstrado que há vagas sobrando em determinadas escolas, e que, por outro lado, há pessoas morrendo por

falta de hospital na localidade, poderá o Poder Judiciário rever o ato. Portanto, se um ato ofende o princípio constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade, tal ato deixou de ser legal, sendo passível de revisão pelo Poder Judiciário. Importa observar que o controle de razoabilidade envolve de certa forma um juízo de conveniência e oportunidade, ainda que de forma reflexa. Assim, se essas conveniência e oportunidade ofendem a razoabilidade, será passível de controle, pois o ato é ilegal.

Ainda, imaginemos que determinado ato, discricionário, possa ser praticado sem motivação. Caso a Administração o tenha motivado, observando-se a teoria dos motivos determinantes, será, também, possível o controle do mérito do ato administrativo.

Cumpre-nos registrar decisão recente do STJ, tendo como relatora a Min. Eliana Calmon, que entendeu que:

Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador, sendo possível o deferimento de tutela específica para que seja incluído no próximo orçamento, a verba necessária para atender a propostas políticas certas e determinadas.